

Universität Trier · 54286 Trier

Per E-Mail: bauausschuss@bundestag.de

An die
Vorsitzende des Bauausschusses
Frau Mechthild Heil, MdB
Deutscher Bundestag
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Prof. Dr. Henning Tappe

**Öffentliches Recht, deutsches und
internationales Finanz- und Steuerrecht**

Telefon +49(0)651/201-2576 oder -2577
Telefax +49(0)651/201-3816
E-Mail: tappe@uni-trier.de
<http://www.steuerecht.uni-trier.de>

Trier, den 7. Februar 2019

**PA 24/11-5410 – Öffentliches Fachgespräch am 13. Februar 2019
zu den Auswirkungen der geplanten Neuregelungen im Grunderwerbsteuerrecht auf
den Wohnungsmarkt (Share Deals)**

Sehr geehrte Frau Vorsitzende Heil, sehr geehrte Mitglieder des Ausschusses für Bau, Wohnen, Stadtentwicklung und Kommunen,

für die Einladung zum öffentlichen Fachgespräch am 13. Februar 2019 danke ich Ihnen herzlich. Zur Vorbereitung des Gesprächs übersende ich vorab meine schriftliche Stellungnahme:

I. Ausgangslage/Sachverhalt

Der Grunderwerbsteuer unterliegen Rechtsgeschäfte, die einen Anspruch auf Übereignung inländischer Grundstücke vermitteln (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG). In der Regel ist dies ein notarieller Kaufvertrag über ein Grundstück (*asset deal*). Ein normaler Grundstückskauf löst damit Grunderwerbsteuer in Höhe von (je nach Bundesland) 3,5-6,5 % des Kaufpreises (Wert der Gegenleistung, § 8 Abs. 1 GrEStG) aus.

Daneben hat sich in der Praxis seit vielen Jahren eine alternative Form des Immobilienkaufs etabliert: Das zu veräußernde Grundstück wird zunächst in eine Gesellschaft (Personen- oder Kapitalgesellschaft) eingebracht, sodann kauft der Erwerber nicht das Grundstück selbst, sondern erwirbt die Anteilmehrheit an der Gesellschaft (*share deal*).

In § 1 Abs. 2a GrEStG hat der Gesetzgeber 1997 eine – zuvor in der Rechtsprechung entwickelte – Regelung zur Abwehr missbräuchlicher Gestaltungen bei Personengesellschaften aufgenommen. Danach reicht der Übergang von 95 % der Anteile (Änderung des Gesellschafterbestandes) innerhalb von fünf Jahren aus, um die Steuerbarkeit im Fall des *share deal* auszulösen. Für Kapitalgesellschaften ergibt sich dies aus § 1 Abs. 3 GrEStG, wenn ein Erwerber (ggf.

zusammen mit nahestehenden Personen) mindestens 95 % (bis 31.12.1999: 100 %) der Gesellschaftsanteile in sich vereinigt.

Zur Vermeidung der Grunderwerbsteuer bei Share-Deals nach § 1 Abs. 2a und Abs. 3 GrEStG haben sich sog. „RETT-Blocker“-Strukturen etabliert (RETT = Real Estate Transfer Tax = GrESt). Diese bauen darauf auf, dass Erwerbe unterhalb des Schwellenwerts von 95 % nicht steuerbar sind („94/6-Modell“). Der Investor erwirbt also gezielt nicht die ganze (Grundstücks-) Gesellschaft, sondern nur 94 % (94,9 %), die übrigen 6 % (5,1 %) verbleiben entweder in der Hand des Verkäufers oder werden von einem Dritten übernommen (häufig eine Investmentbank). Nach Ablauf der Fünf-Jahres-Frist kann der (Haupt-)Investor dann auch die Restanteile übernehmen, ohne Grunderwerbsteuer auszulösen.

Vor Einführung des § 1 Abs. 3a GrEStG (2013) war es für einen Investor mit dem Ziel, einen höheren Anteil zu erwerben, möglich, über geschachtelte Strukturen jeweils knapp unter 95 % jeder Gesellschaft zu halten und damit unter der Beteiligungsschwelle zu bleiben (Doppelstock-Blocker-Modell: 99,6 % [= 94 % + 94 % · 6 %]). Nach § 1 Abs. 3a S. 3 GrEStG sind die Beteiligungsanteile nunmehr zusammen zu betrachten (zu multiplizieren).

Auch hier wird aber in der Gestaltungspraxis überlegt, dass wegen der Beschränkung des § 1 Abs. 3a GrEStG auf gesellschaftsrechtliche Beteiligungsquoten eine Erhöhung der *wirtschaftlichen* Beteiligung durch schuldrechtliche Vereinbarungen (z.B. partiarisches Darlehen, atypisch stille Gesellschaft) weiter möglich sei. Der Erfindungsreichtum ist beträchtlich. Angesichts des hohen Aufwands, solche Strukturen aufzusetzen, lohnt sich eine gesellschaftsrechtliche Gestaltung typischerweise erst ab einem größeren Investitionsvolumen (Schätzungen: 25 Mio. €¹).

II. Verfassungsrechtliche Maßstäbe

Zentraler Maßstab für das Steuerrecht und auch die Bewertung gesetzgeberischer Maßnahmen zur Gestaltungsabwehr im Bereich des Steuerrechts ist der allgemeine Gleichheitssatz in Art. 3 Abs. 1 GG. Dieser trifft hier Aussagen in zwei Richtungen:

Einerseits ergibt sich die Rechtfertigung für jeden steuerlichen Zugriff aus der gleichmäßigen Lastenverteilung². Zu besteuern ist nach der finanziellen Leistungsfähigkeit, die dann nicht richtig erfasst wird, wenn der Steuerpflichtige sich durch den „Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts“ (vgl. § 42 Abs. 1 AO) der Besteuerung entziehen kann. Steuergesetze sind so auszugestalten, dass auch im praktischen Vollzug eine Gleichheit im Belastungserfolg hergestellt werden kann.³ Ein Steuergesetz ist also dann verfassungswidrig, wenn es Gestaltungen zulässt, mit denen Steuerentlastungen erzielt werden können, die es nicht bezweckt und die gleichheitsrechtlich nicht zu rechtfertigen sind.⁴ In seinem Urteil zur Zinsbesteuerung

¹ Vgl. etwa Süddeutsche Zeitung Nr. 27 v. 1.2.2019 (Immobilien), S. 29.

² BVerfGE 84, 239 (268 f.) – Zinsbesteuerung; 105, 17 (46) – Sozialpfandbriefe.

³ BVerfGE 96, 1 (6) – Weihnachtsfreibetrag; 101, 297 (309) – Häusliches Arbeitszimmer.

⁴ BVerfGE 138, 136 (235 f.) – Erbschaftsteuer.

hat das BVerfG schon 1991 festgestellt, dass es für den Gesetzgeber eine verfassungsrechtliche Pflicht gibt, strukturelle Erhebungsmängel binnen angemessener Frist zu beseitigen hat, wenn ihm solche Mängel auffallen⁵. Aus dem „Gebot der gleichheitsgerechten Besteuerung“ kann „eine Pflicht [folgen], Möglichkeiten für Umgehungsgestaltungen im Gesetz zu vermeiden“⁶.

Andererseits sind Abweichungen vom eigentlichen Belastungsgrund der Steuer rechtfertigungsbedürftig. Die Grunderwerbsteuer knüpft an den Erwerb eines Grundstücks an, und soll nicht den Erwerb von Gesellschaftsanteilen oder sonstige Veränderungen des Gesellschafterbestandes besteuern.

Ein Anknüpfen an Veränderungen im Gesellschafterbestand, wie sie auch jetzt schon (mit der 95 %-Grenze) im Gesetz enthalten ist, lässt sich als Typisierung rechtfertigen. Nicht jeder Erwerb von Gesellschaftsanteilen ist eine Umgehung der Grunderwerbsteuer. Weil jedoch bei der Bemessungsgrundlage auch nicht auf den Kaufpreis für die Anteile, sondern auf den Grundbesitzwert abgestellt wird (§ 8 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 GrEStG), bleibt die Verknüpfung mit dem Belastungsgrund der Steuer (Grundstück) erhalten.

Gedanke schon der bisherigen Tatbestände in § 1 Abs. 2a und 3 GrEStG ist, dass durch entsprechende Mehrheiten an einer grundstücksbesitzenden Gesellschaft zugleich ein wirtschaftlicher Zugriff auf das Grundstück ermöglicht wird (vgl. § 1 Abs. 2 GrEStG). Im Fall des typischen Share Deals, bei dem eine Grundstücks-Gesellschaft als Zweckgesellschaft (sog. *special purpose vehicle*), also nur als „Mantel“ für den Immobilienerwerb genutzt wird, ist dieser Gedanke offenkundig. Aber auch in den Fällen, in denen keine missbräuchliche Gestaltung vorliegt, wird – über die Anknüpfung am Grundbesitzwert – nur diejenige finanzielle Leistungsfähigkeit als Belastungsgrund herangezogen, die durch den Wert des Grundstücks bestimmt wird.

Die steuerlichen Vorteile der Typisierung müssen allerdings im rechten Verhältnis zu der mit der Typisierung notwendig verbundenen Ungleichheit der steuerlichen Belastung stehen.⁷ Eine gesetzliche Typisierung darf keinen atypischen Fall als Leitbild wählen, sondern muss sich realitätsgerecht am typischen Fall orientieren.⁸ Hier sind zwei Ansätze denkbar: Typisierung der „wirtschaftlichen Verfügungsbefugnis“ oder Typisierung der Missbrauchsfälle.

Greift die Grunderwerbsteuer schon dann, wenn sich der Gesellschafterbestand ändert (auch wenn das Ziel der Anteilsübertragung nicht primär der Erwerb eines Grundstücks ist), so dürfen diese Fälle – nach dem derzeitigen Grundgedanken des GrEStG – nur erfasst werden, wenn der Erwerb der Anteile einer wirtschaftlichen Verfügungsbefugnis gleichkommt.

Eine Beteiligung an einer Gesellschaft ist nicht zwangsläufig eine Umgehungsgestaltung für den Kauf eines Grundstücks. Es kann sich hier um einen normalen Unternehmenskauf handeln. Ein Share Deal lässt sich aber als Umgehung der Eigentumsübertragung ansehen, wenn das „Unternehmen“ nur oder jedenfalls im Wesentlichen aus dem zu übertragenden Grundstück

⁵ BVerfGE 84, 239 (272).

⁶ BVerfG, Urteil v. 10.4.2018 – 1 BvR 1236/11, Rn. 123; BVerfGE 138, 136 (235 f.).

⁷ BVerfGE 21, 12 (27) – Allphasenumsatzsteuer.

⁸ BVerfGE 145, 106 (153).

besteht (Zweckgesellschaft). In diesem Fall wären auch niedrige Beteiligungsgrenzen als Gestaltungsabwehr zu rechtfertigen. Ein solcher Rechtfertigungsansatz würde indes eine Umsetzung im Gesetz erfordern, die „normale“ Unternehmen von Zweckgesellschaften unterscheidet. Dies ist nicht unmöglich (vgl. das „Verwaltungsvermögen“ in § 13b Abs. 4 ErbStG), aber voraussichtlich verwaltungsaufwändig und streitanfällig.

Allerdings sieht das GrEStG schon traditionell einen Ersatztatbestand für den Fall der Anteilsvereinigung vor. Diesen hat das BVerfG 1969 in einem Kammerbeschluss zu § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG a.F. (100 %-Anteilsvereinigung) für gerechtfertigt gehalten: Bei „Regelung der Grunderwerbsteuerrechtlichen Steuertatbestände brauch[e] der Gesetzgeber nicht durchgängig an die bürgerlich-rechtliche Ordnung anzuknüpfen“⁹.

Beide Ansätze (wirtschaftliche Verfügungsmacht und Gestaltungsabwehr) sind also zu kombinieren: Wird die Schwelle, die die Annahme einer wirtschaftlichen Zugriffsmöglichkeit erlaubt (auch als „Durchgriff“ durch eine Kapitalgesellschaft), bewusst knapp unterschritten (99 % / 94,9 %), so begründet sich hieraus die Einordnung als Gestaltung. Wo genau dieser Schwellenwert zu setzen ist, ergibt sich weder aus dem Verfassungsrecht noch aus der Natur der Sache. Dem Gesetzgeber kommt insoweit ein Spielraum zu, den er mit Blick auf die beiden Rechtfertigungsansätze ausüben muss.

III. Bewertung der aktuell diskutierten Modelle

1. Senkung der 95 %-Grenze auf 90 % bzw. 75 % und Verlängerung der Fristen

Die Finanzministerkonferenz hat sich – laut einer Pressemitteilung des Hessischen Ministeriums der Finanzen – darauf geeinigt, dass künftig ein Anteilseignerwechsel von 90 % bei Personen- und Kapitalgesellschaften als ein auf Übereignung eines Grundstücks gerichtetes Geschäft gelten soll. Zudem soll die 5-Jahresfrist auf 10 Jahre verlängert werden.¹⁰ Damit werden RETT-Blocker-Strukturen erschwert (verteuert), aber nicht verhindert. An die Stelle des bisherigen „94/6-Modells“ träte ein „89/11-Modell“.

Zuvor war bei diesem Modell eine Absenkung der 95 %-Grenze auf 75 % diskutiert worden. Im Schlussbericht wird festgehalten, dass für eine Typisierung der Herrschaftsmacht bei mindestens 75 % der Anteile bei Kapitalgesellschaften vertretbare Argumente vorliegen, eine gleichartige Typisierung bei Personengesellschaften aber verfassungsrechtlich zweifelhaft sei¹¹. Bei Personengesellschaften gälte grds. das Einstimmigkeitsprinzip; bei Grundstücksveräußerungen sei Einstimmigkeit auch bei sonst abweichender gesellschaftsvertraglicher Regelung jedenfalls nicht untypisch. Überdies sei der Typisierungsrahmen überschritten, wenn

⁹ BVerfG, Beschluss v. 16.5.1969 – 1 BvR 600/66, HFR 1969, 398.

¹⁰ Pressemitteilung HMdF vom 29.11.2018.

¹¹ Vgl. das von Klaus-Dieter *Drüen* im Auftrag des Landes Nordrhein-Westfalen im September 2017 erstellte Rechtsgutachten zu „Verfassungsfragen der Grunderwerbsteuer (Länder-Reformmodell 1)“, S. 29 (im Folgenden: *Drüen*, Rechtsgutachten I).

bei Übergang von nur 75 % der Anteile eine volle Besteuerung des Grundstücks erfolge. Die Typisierung sei nicht mehr verhältnismäßig¹².

Die bisherige Typisierung (95 %-Grenze) wird als durch den „gesetzlich vermutete[n] Erwerb der Zwecksetzungsmacht durch den Mehrheitsgesellschafter bzw. die durch den Anteilsbesitz mediatisierte „Sachherrschaft“ über das Grundstück“¹³ gerechtfertigt angesehen. Als Hintergrund wird hier die Squeeze-out-Regelung des § 327a AktG genannt. Diese Anknüpfung findet sich indes nicht im ursprünglichen Gesetzgebungsverfahren, sondern wurde nachgetragen.¹⁴

In der Tat würden bei einer Absenkung der Beteiligungsgrenze Übertragungen bei denen nur 75 % am gesamthänderisch gehaltenen Immobilienvermögen übergehen, genauso behandelt wie eine Übertragung von 100 %. Damit werden unterschiedliche Sachverhalte gleichbehandelt. Allerdings soll auf diese Weise gegen Steuerumgehungsmodelle vorgegangen werden.

Das Ziel der Verhinderung von legalen, jedoch unerwünschten, dem jeweiligen Gesetzeszweck zuwiderlaufenden Steuergestaltungen ist ein legitimer Zweck, der grundsätzlich Ungleichbehandlungen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GG rechtfertigen kann (s.o.). Unter Umständen folgt aus dem Gebot der gleichheitsgerechten Besteuerung sogar die Pflicht, Möglichkeiten für die Umgestaltung im Gesetz zu vermeiden und Gesetze entsprechend anzupassen.

Damit überhaupt die verfassungsrechtliche Pflicht erfüllt werden kann, Steuerumgehungsmodelle zu verhindern, muss die Neuregelung die Typisierung in relevantem Maße weiter fassen als bisher. Eine Absenkung der 95 %-Grenze auf 90 % ist nicht effektiv, da dieselben Umgehungsmodelle wie bisher mit leichter Modifizierung angewandt werden könnten.¹⁵ Damit das Ziel, Steuerumgehungsmodelle zu verhindern, erreicht werden kann, müssen die Umgehungsmodelle wirtschaftlich unattraktiv werden.

Beispiele aus dem GmbH- und Aktienrecht zeigen, dass mit einer 75 %-Mehrheit die Gesellschaft immer noch alleine beherrscht werden kann.¹⁶ Damit wäre die 75 %-Grenze nicht willkürlich gewählt. Fällt der Anteil unter 75 % nehmen die Gesellschafterrechte ab, sodass eine alleinige Beherrschung der Gesellschaft nicht mehr in gleicher Art und Weise möglich ist, wie es eine Anteilsmehrheit von über 75 % gewährleistet.

Bei Personengesellschaften muss, auch wenn es kein Vorbild für die 75 %-Grenze im Gesellschaftsrecht gibt, der gleiche Schwellenwert herangezogen werden, um nicht ein neues Umgehungsmodell zu ermöglichen, das sich einer Personengesellschaft als Vehikel bedient. Dass ein solches Ausweichen zu erwarten ist, zeigt ein früheres Modell zur Vermeidung der GewSt.

Die entsprechende Regelung zur Gestaltungsabwehr (§ 7 S. 2 Nr. 2 GewStG) hat das BVerfG im Fall der Gewerbesteuer mit Urteil vom 10.4.2018 gebilligt. Nicht nur hat das BVerfG keinen

¹² Schlussbericht der AL v. 18.4.2018, S. 3-5; *Drüen*, Rechtsgutachten I, S. 36.

¹³ *Drüen*, Rechtsgutachten I, S. 20 f.

¹⁴ Vgl. *Drüen*, Rechtsgutachten I, S. 28.

¹⁵ Vgl. die Fallgestaltungen bei *Broemel/Mörwald*, DStR 2018, 1521 ff.

¹⁶ Vgl. § 53 Abs. 2 GmbHG, § 103 Abs. 1 S. 2 AktG, § 179 Abs. 2 S. 1 AktG; ähnlich *Drüen*, Rechtsgutachten I, S. 30.

Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG festgestellt, sondern auch betont, dass der Gesetzgeber zur Verhinderung von Steuerumgehungsmodellen aufgerufen ist¹⁷. Art. 3 Abs. 1 GG steht also einer Typisierung nicht entgegen, wenn die Regelung Steuerumgehungsmodelle effektiv verhindert. Dem Gesetzgeber kommt ein weiter Gestaltungsspielraum zu. Damit ist eine Absenkung der Beteiligungsgrenze auf 75 % auch bei Personengesellschaften verfassungsrechtlich möglich, weil damit Steuerumgehungsmodelle effektiv verhindert werden können.

2. Quotales Besteuerungssystem – Modell 2


Im Alternativmodell sollen drei Anteilsquoten eingeführt werden. Den Gesellschaftern werden in 25 %-Schritten Anteile am Grundstück nach Bruchteilen zugeordnet. Besteuert werden soll bei Erreichen von Anteilsgrenzen von mehr als 50 %, mindestens 75% und 100 %. Bei 50 % sollen zwei, bei 75 % drei und bei 100 % vier Grundstücksanteile besteuert werden.

Dadurch dass je nach Anteilsquote auch die Besteuerung quotal erfolgt, ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt, da gerade nicht jeder Anteilserwerb wie ein Vollerwerb behandelt wird, sondern auch die steuerliche Belastung in dem Verhältnis zunimmt, wie der Erwerber Gesellschaftsanteile erwirbt. Personen- und Kapitalgesellschaften werden im Modell gleichbehandelt.

Neben der Stufenbildung, die als Vereinfachungsregelung gerechtfertigt werden kann, wird der Durchgriff durch die Kapitalgesellschaft (Negierung des Abschirmeffekts) als problematisch angesehen. Denn die Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft partizipieren nicht zwangsläufig an den Grundstückswerten, die dem Vermögen der Kapitalgesellschaft zugeordnet sind.

Allerdings muss sich der Gesetzgeber im Rahmen der Missbrauchstypisierung „nicht auf die möglichst eng gehaltene Erfassung allein der Missbrauchsfälle beschränk[en]“¹⁸. Da im Kapitalgesellschaftsrecht das Mehrheitsprinzip gilt (§ 133 Abs. 1 AktG; § 47 Abs. 1 GmbHG), kann sich der Mehrheitsgesellschafter bei der Willensbildung innerhalb der Gesellschafter durchsetzen und einen beherrschenden Einfluss auf das im Gesellschaftsvermögen befindliche Grundstück ausüben. Damit ist die Anknüpfung an die Wertteilhabe am Grundstück gewährleistet.

Mit einem Quotenmodell verschiebt sich jedoch der Belastungsgrund der Steuer. Aus dem Anknüpfungspunkt „Beherrschung“, der sich aus einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise des Erwerbsvorgangs rechtfertigt, wird der Anknüpfungspunkt „Beteiligung“, der dem Gedanken einer Verkehrsteuer auf den Grundstückserwerb weniger entspricht. Der Systemwechsel passt insoweit auch weniger zum zentralen Aspekt der Gestaltungsabwehr (Share Deals in Bezug auf Immobilien-Zweckgesellschaften).


(Prof. Dr. Henning Tappe)

¹⁷ BVerfG, Urteil v. 10.4.2018 – 1 BvR 1236/11, Rn. 130.

¹⁸ BVerfG, Urteil v. 10.4.2018 – 1 BvR 1236/11, Rn. 130.